学术专论

论中国古代民法

——以清代民法为视角

张晋藩

[摘要] 由于国情的特殊性，法制文明发达的古代中国没有出现一部单行的、纯粹的民法典，但民事立法仍大量存在。清代民法以《大清律例》“户律”、《户部则例》等为主体，不仅是中国古代民法的最后形态，而且面临向近代转型，《现行刑律》中的民事有效部分和《户部则例》中的民事有效部分，一直适用，直至1929年《中华民国民法》颁布才宣告终止。清代民法具有以下特点：民事法律渊源的多元化；以儒家礼法文化作为民事法律的指导思想；重视宗法族权，以家法族规补充国法；因案生例，循变立法。

[关键词] 民法 清代民法 大清律例 户部则例 大清现行刑律

[中图分类号] K249 [文献标识码] A [文章编号] 1002－8587－（2020）－05－0053－015

中国古代随着社会经济的发展，民事法律关系日渐增多，与之相应的民事立法也不断充实。唐宋是中国民事法律的重要发展时期，清朝则是中国古代民法法律发展的最后形态，而且也面临巨大推动力之下的近代转型。回溯中国古代民事法律的发展历史，思考中国古代没有形成单行的、纯粹的民法典的原因，总结清朝民事法律的渊源、特点及其在特定历史条件下所发挥的重要作用，意在为制定和完善中国特色的民法典提供法律文化的支持。

一、中国古代没有形成单行的、纯粹的民法典的原因

19世纪，英国法学家梅因在《古代法》书中提出“大凡半开化的国家，民法少而刑法多”，① 日本学者根据梅因的观点进而论证中国古代只有刑法而没有民法，如1902年浅井虎夫指出：“（中国）上下四千载，法典数目百种。无虑皆公法典之属，而私法典乃无一焉。”② 在西方中心论

[收稿日期] 2020-06-01
[作者简介] 张晋藩（1930－），男，中国政法大学教授，北京100088；jfxzhang@hotmail.com
[基金项目] 国家社会科学基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”（项目批准号：17@ZH014）；教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“公私并举：中国传统法律维护私权益的原则性与调整方式的多样性”（项目批准号：17JJD820011）阶段性成果。

① 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1959年，书首李祖荫“小引”。

② 浅井虎夫：《中国法典编纂沿革史》，陈重民译，中国政法大学出版社，2007年，第268页。

盛行之际，这些观点对于法制史学者乃至民法学者都有极大的消极影响，以致学贯中西的梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》一文中，以肯定的语气说："我国法律界最不幸者，私法部分全付阙如之一事也。""我国法律之发达垂三千年，法典之文，万牛可汗，而关于私法之规定，殆绝无之。""此所以法令虽如牛毛，而民法竟如麟角。"[①] 民国时期著名法制史学者如杨鸿烈、陈顾远在他们的著作中也只认为极少数的民事法律条文杂糅于刑法典当中，而不存在独立的民法。1967 年，美国学者卜德（Derk Bodde）和克莱伦斯·莫里斯（Clarence Morris）仍然重复以往的论调，说："（在帝制中国）民事性质的问题或者被完全忽略，或者被以刑事的方式进行有限的处理。"[②] 这对于改革开放以后留学外国的年轻学生也很有影响，他们漠视中国古代的民法问题。需要指出，中国古代民法确实杂糅于刑法典当中，但另一方面必须看到，从唐朝起，有些民事立法已经独立于刑法典之外，如唐令中的《户令》《田令》《仓库令》《赋役令》等，至宋朝，单行的民法多见于民事的司法审判中，《名公书判清明集》判决中的"准法""按法"都是单行的民事法律。至清代，《户部则例》是对《大清律例》中民事立法的重要补充。但作为法制文明发达的中国，确实没有一部单行的民法典。

1983 年 6 月，在西安召开了中国法律史学会第一次年会，笔者在会上提出"民刑不分，诸法合体"的提法应该改为"民刑有分，诸法并用"。1983 年中国法律史学会首届年会《简报》刊载笔者观点："中国古代统治者对财产关系是很重视的，这在立法上也有表现，至少从西周时就是这样，到了宋代更为重视。清朝的《户部则例》就是民法性质的单行法。过去说民事用刑法解决，但许多问题事实上不用刑法，而是调处解决（即运用民事法律条款解决）。然而也应看到，中国古代的确没有独立的民法典……中国古代的法律体系，到唐代已形成以律为主，并与格、令、式、典、敕、例等形式互相结合，反映了法律调整的多样性，标志着传统法制的成熟。但我们过去对这方面研究还很不够，法制史研究要开创新的领域，不仅民法史，其他如行政法史、经济法史都应研究，道家与释家对法律的影响也是值得我们研究的。对少数民族的法制史，也应重视。"

西方学者断言中国古代只有刑法没有民法，无疑是混淆了法律体系与法典体例两个不同概念所致。法律体系是由调整不同对象的各个部门法所构成的。由于社会关系的复杂性和多样性，决定了调整方式的复杂性与多样性，从而形成具有不同调整对象的若干部门法，它们是构成法律体系的各个相对独立的部分，体现了社会关系的发展，而不是任何人主观意志的产物。所以，中国古代的法律体系不仅诸法并存，民刑也是有分的。至于一部法典所采取的编纂体例，或者是混合编纂，即所谓"诸法合体、民刑不分"，或者是单独编纂，那是立法技术问题，是特定时代立法者的选择，这种选择受到时代的制约。

法制文明发达的古代中国何以没有出现一部单行的、纯粹的民法典，这不是偶然的，而是和中国古代的国情密切相关的。

其一，由于民事法律关系是商品经济生活的一般要求在法律上的表现，因此，商品经济的发展状况直接决定着民法的发展状况。而中国古代自给自足的农业经济始终占统治地位，商品经济发展缓慢，不同朝代不同地区发展极不平衡；国家长期推行重农抑商的政策与法律，也严重束缚商品经济的发展，成为民事法律成长的桎梏。

其二，人身依附关系长期存在，不能广泛提供法律上权利与义务关系的"私人的平等"。马克思在论及罗马私法发展的原因时曾经指出，罗马具备法律上的"私人的平等"。中国古代的社会结构以严格等级制度为特征，贵贱之间的社会地位、权利义务存在天壤之别，只有少数贵族、

① 梁启超：《论中国成文法编制之沿革得失》，《饮冰室合集·文集之十六》，中华书局，1989 年，第 52-53 页。

② Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases with Historical Social and Juridical Commentaries*, Cambridge: Harvard University Press, 1967, p.4.

官僚、地主享有平等地参加民事法律关系的权利，就整个社会而言，缺乏“私人的平等”这个发展民事法律的重要条件。

其三，家法、族规对家族内民事法律关系起着实际的调整作用。由于家法族规是官方认可的调整家族内部关系、化解法律纠纷的重要依据，它与国法相通，是国法的补充，适用极其宽广，对民事法律关系的实际调整成一种强大的惰性力量，阻碍立法者探索制定独立民法典的迫切需求。

其四，缺乏对于法的体系和法学的必要研究。法的体系的发展与完善是以深入的法学研究为基础的。春秋战国时期，适应社会的大变动，曾经掀起法学研究的高潮，法学人才辈出，并且产生一系列成文法，创造了以《法经》六篇为代表的崭新的法律体系。然而秦建立统一的专制主义王朝，推行文化专制政策，欲学律者以吏为师，打击了法学自由研究的风气。汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”之后，法学附庸于经学，法学研究难以全面深入推进，以致长期维持在注释律学的水平。

二、《大清律例》与《户部则例》互为民事法律渊源

清代的民事立法，不仅见于《大清律例·户律》中的户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛等，还见于《大清会典》《大清会典事例》的有关部分，尤其见于《户部则例》。由于户部执掌全国的民政、财政，同时下辖十三省清吏司，事务既臃繁又多变，因此，自乾隆四十一年（1776）编订《钦定户部则例》始，至同治十三年（1874），先后修订至少十五次之多。由于《大清律例》的律文作为成法不再修订，而所附的条例多为因案生例，不能及时反映民事法律关系的变动，因而不得不借助于《户部则例》。薛允升在《读例存疑》中考证出，《大清律例·户律》中的民事例文多数源于《户部则例》，说明《大清律例·户律》与《户部则例》之间互为法源，而《户部则例》在依法调整民事法律关系上更为细致。举例如下：

其一，《大清律例·户律·户役》“脱漏户口”条康熙五十二年（1713）例文规定：“直隶各省编审，查出增益人丁实数，缮册奏闻，名为‘盛世滋生户口册’”。户口是国家丁税的重要来源，康熙朝实行“盛世滋生人丁，永不加赋”。《大清律例》条例虽然规定了编制《盛世滋生户口册》，但并未指出户口册的造报时间，对此《户部则例》规定：“直省民数，每岁十月内，同谷数一并造册咨部会题。”[①] 从而明确了地方官要在每年十月份完成造册会题的任务，这是对《大清律例》的重要补充。

其二，《大清律例·户律·户役》“立嫡子违法”条乾隆五年例文规定：“旗人除乞养异姓为子，诈冒荫袭承受世职者，仍照本例拟发边远充军外，其虽无世职而诈冒抱养民间子弟、户下家奴子孙为嗣，紊乱旗籍者，将蒙混抱养继立之旗人，及以子与旗人为嗣之人，并知情之义子，俱比照乞养义子诈冒袭荫充军例，减一等，杖一百，徒三年。若有冒食钱粮情事，无论所继者系属异姓旗人、民间子弟、户下家奴，悉照冒支军粮入己，计所冒支之赃，准窃盗律从重科罪，分别旗、民办理，其先后领过银米，照数着追。倘本犯力不能完，该旗查明历任参、佐领，各按在任月日分赔，批解户部归款，失察各官交部议处。”《户部则例》根据社会上旗人也多选择异姓为子嗣的情况，一方面规定：“旗人无子者，许立同宗昭穆相当之侄承继，先尽同父周亲，次及大功、小功、缌麻。如俱无，方择立远房同姓。”但另一方面也指出：“如实无昭穆相当之人，准继异姓亲属，取具该参、佐领及族人生父列名画押印甘各结，送部准其过继”。[②] 使得旗

① 薛允升撰，黄静嘉编校：《读例存疑》重刊本，成文出版社，1970 年，第 232 页。

② 薛允升撰，黄静嘉编校：《读例存疑》重刊本，第 248−250 页。

人异姓承继合法化。

其三,《大清律例·户律·田宅》“典买田宅”条雍正十二年(1734)例文规定:“凡八旗人员置买产业于各省者,令该员据实首报,交与该督抚,按其产业之多寡,勒限变价归旗。如有隐匿不首及首报不实者,该督抚访查题参,将所置产业入官。其隐匿不首者,照侵占田宅律治罪。首报不实者,按不实之数,亦照侵占律治罪。如地方官扶同徇隐,别经发觉者,照例议处。其未经查出之知府并督抚司道,均照例分别议处。至于查禁以后,仍有违禁置产,私相授受者,照将他人田产朦胧投献官豪势要律,与者受者各杖一百,徒三年,产业入官。其托民人出名诡名寄户者,受托之民人,照里长知情隐瞒入官家产,计所隐赃,重者,坐赃治罪。受财者以枉法从重论。地方官失于查察者,照例议处。”《户部则例》根据雍正十三年谕旨在例末加入“驻防兵丁不在此例”八字,[①] 即允许驻防兵丁在各省置买产业。

其四,《大清律例·户律·田宅》“典买田宅”条乾隆二十四年例文规定:“凡民间活契典当田房,一概免其纳税。其一切卖契,无论是否杜绝,俱令纳税。其有先典后卖者,典契既不纳税,按照卖契银两实数纳税。如有隐漏者,照例治罪。”《户部则例》规定:“民人典当田房,契载年分,统以十年为率,限满听赎。如原业力不能赎,听典主投税,过割,执业。傥于典契内多载年分者,追交税银,照例治罪”,“又十年以后,原业无力回赎,听典主执业、转典。”[②]《户部则例》明确规定十年的典期,超过典期已无时效,如不纳税则照《大清律例》予以治罪,目的在于增加国家的税银。

其五,《大清律例·户律·田宅》“典买田宅”条嘉庆十三年(1808)例文规定:“旗地旗房,概不准民人典买,如有设法借名私行典买者,业主售主俱照违制律治罪。地亩房间价银一并撤追入官。失察该管官,俱交部严加议处。至旗人典买有州县印契跟随之民地民房,或辗转典卖与民人,仍从其便。”仍然严禁旗民交产,但在实际的经济生活中,旗民交产是较为普遍的现象,因此,《户部则例》旗民交产各条做出变通规定,无论京旗屯田、老圈、自置,俱准旗户民人互相卖买,照例税契升科。[③] 此条是对《大清律例》的重要补充,目的在于救济旗人穷困的生活。

其六,《大清律例·户律·婚姻》“嫁娶违律主婚媒人罪”条道光十六年(1836)例文规定:“八旗内务府三旗人,如将未经挑选之女许字民人者,将主婚人照违制律,杖一百。若将已挑选及例不入选之女,许字民人者,照违令律,笞五十。其聘娶之民人一体科罪。”说明旗、民之间仍沿不通婚之禁,但社会生活的实际状况是,旗、民之间通婚已经较为普遍,因此,《户部则例》中特别规定有民人之女嫁与旗人为妻,及旗人娶长随家奴之女为妻妾,并旗人在外落业,准与该处民人互相嫁娶,[④] 是对《大清律例》进行相应的变通适用。

其七,《大清律例·户律·仓库》“收粮违限”条雍正三年例文规定:“挂欠漕粮,弁丁照例分别治罪外,所欠粮数作十分分赔,总漕半分,粮道一分,监兑官半分,押运官半分,运官一分半,佥丁卫所官半分,旗丁五分半。总漕等官如限内不完,交部议处。弁丁于限内全完,分别应治罪者治罪,应免议者免议,如不完,照例治罪。将不能赔偿米石,仍着总漕等官赔偿。十分全完,照例议叙。”《户部则例》规定:“旗丁运粮抵通,无故挂欠者,坐粮厅勒限追究,仍行捆打。如有未完者,令总漕着落领运官丁分赔,于下年起解搭运。限满不完,查明参处。领运、总运、督押各官,所管帮内,如有一丁挂欠,虽限内全完,亦不准议叙。仓场侍郎于岁底

① 薛允升撰,黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本,第 281 页。
② 薛允升撰,黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本,第 283-284 页。
③ 薛允升撰,黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本,第 284 页。
④ 薛允升撰,黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本,第 314-315 页。

将挂欠丁名帮次汇行造册，送部查考。”[①]《户部则例》认为漕粮关系京城官兵的口粮供应，因此对于无故挂欠的运粮旗丁，加重处罚，对于主管官员，由于失职在先，尽管限内完成追偿，也并不议叙。《户部则例》在责任追究上一般较《大清律例》为轻，但此条加重处罚，一是说明漕粮的重要，二是反映此类挂欠行为的普遍。

其八，《大清律例·户律·仓库》“揽纳税粮”条乾隆五年例文规定：“凡内府钱粮及内外仓场粮草，各处军需等项，不拘起运存留，但有包揽诓骗银一百两、粮二百石以上，不行完纳，事发责限三个月以内完纳者，照常发落。过期不完者，尽其财产赔纳，发近边充军。各边武职主使家人、伴当、跟随交结人员，挟势揽纳作弊者，参问究拟，听使之人，仍照前例问拟。”《户部则例》特别规定“贡监生员”等主体不得任意包揽，否则区别情形按照《大清律例》进行治罪：“地方应纳地丁银两税粮，如贡监生员借儒户、官户名目包揽侵收入己者，照常人盗仓库钱粮律拟罪。包揽而尚无拖欠者，八十两以上，照不应为律，斥革治罪。八十两以下，照揽纳税粮律定拟。仍令照数纳足。”[②]

其九，《大清律例·户律·仓库》“私借钱粮”条雍正五年例文规定：“府州县春间借出仓谷，秋收后勒限征比，务于十月中全完，造具册收，送户部查核。如有绅衿及牙行、蠹役，将家人、佃户姓名影射，零星领出入已，积至二、三十石者，绅衿斥革，牙行、蠹役枷号一个月，责四十板，俱照追入仓。其代为造册之乡保地方，有无受赃，分别治罪。该管上司不行揭参，交部议处。”《户部则例》中关于绅衿等黜革、枷责，与《大清律例》相同，但在惩治对象上，加重对吏胥的惩处：“有吏胥捏领，州县失察者，所领米各着落州县赔还，仍照例议处。”[③]

其十，《大清律例·户律·仓库》“私借钱粮”条乾隆元年例文规定：“亏空人员，除查明家产尽数追赔外，如有属员借支、借领及同官那借，出有印领者，将所有借欠之项，责令追还，以抵该员亏空。仍分别议处。至平日债负，或帮助亲友及同官私借，虽有文约、书札、记簿，并无印领，止许自行取讨。若混请开抵亏空者，无论远近年分，概不准行。仍将本人照图赖诬扳治罪。地方有司听从开抵，妄拿无辜追比者，照故勘平人律治罪。受贿得赃者，计赃以枉法从重论。其因规避处分，指引开欠者，承追官照借端将亲族滥行着落追赔例问拟。该管上司官，交部分别议处。”《户部则例》完欠门规定：“官员一切应赔库项，开欠抵追，如所开之欠，查明实系公帑，其借欠之人当日具有借欠印领者，应照数追还。并将借欠之员，分别议处。若系平日私债或系己资帮助亲友，以及同官私借，虽有文约，并无印领者，无论远年近年，有无确据，一概不准私抵。”[④]《大清律例》不仅区分“开抵欠饷”的公私之别，而且对“混请开抵亏空者”做出明确规定，这是《大清律例》对《户部则例》的重要补充。

十一，《大清律例·户律·市廛》“私充牙行埠头”条康熙四十五年例文规定：“凡在京各牙行领帖开张，照五年编审例清查换帖。若有光棍顶冒朋充，巧立名色，霸开总行，逼勒商人不许别投，拖欠客本，久占累商者，问罪。枷号一个月，发附近充军。地方官通同徇纵者，一并参处。”此例文主要针对京内牙行五年编审清查之事，并未涉及外省牙行，但是《户部则例》弥补了这一空缺，明确规定：“牙帖由布政司钤印颁发”，[⑤]即由京外各省布政司负责牙行的编审清查事宜，说明在这一问题上，《户部则例》的适用范围超过《大清律例》的规定。

十二，《大清律例·户律·市廛》“把持行市”条乾隆二十三年例文规定：“牙行侵欠控追之案，审系设计诓骗，侵吞入己者，照诓骗本律计赃治罪。一百二十两以上，问拟满流，追赃给

---

① 薛允升撰，黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本，第323−324页。
② 薛允升撰，黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本，第328页。
③ 薛允升撰，黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本，第336−337页。
④ 薛允升撰，黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本，第337页。
⑤ 薛允升撰，黄静嘉编校:《读例存疑》重刊本，第406页。

主。若系分散客店，牙行并无中饱者，一千两以下，照例勒追，一年不完，依负欠私债律治罪。一千两以上，监禁严追，一年不完，于负欠私债律上加三等，杖九十。所欠之银，仍追给主。承追之员按月册报，巡道稽查。逾限不给者，巡道按册提比。如怠忽从事，掩延累商者，该巡道据实揭参，照事件迟延例议处。有意徇纵者，照徇情例降二级调用。如有受财故纵者，计赃，从重以枉法论。"这一例文明确了牙行侵欠控追之案由牙商本人进行赔偿，然而《户部则例》作出以下规定："系铺家累商追缴牙帖，限三个月清还，仍给还原帖。如限内不还，即行更换。傥牙行诓骗商人者，本牙并互保牙帖一并追缴，勒限清完。本牙更换，互保牙帖仍行给还，逾限不完，将互保之人一并更换。如系铺户诓骗客商者，将铺户勒限追比，追不足数，令牙行赔补。其牙行侵吞客帐者，将本牙勒限比追，变产抵还。不足之项，令互保摊赔。"[①] 可见，《户部则例》将赔偿主体扩大到保人，这在债务纠纷中是常见的，一般债务人不能偿还债务，在契约中明确规定保人负有代偿的义务。

以上可见，《大清律例》条例中的有关规定，与《户部则例》形成互补、互用的关系，而在更多情况下，是《户部则例》补充了条例中的缺失，显示了《户部则例》在调整民事法律关系中的重要作用。而且，《大清律例》条例中所涉及的民事对象，多为官府、官吏、社团法人，而《户部则例》则涉及整个社会的民事法律关系的主体，在调整范围上更加广泛。除此之外，《大清律例》作为一部刑法典，对于某些民事纠纷的解决也经常运用刑罚的手段，以至晚清修律时特别在《现行刑律》民事部分中注明此类条款不再用刑，以示民刑有分。然而《户部则例》的性质与作为刑法典的《大清律例》不同，所以处理民事纠纷，多采用民事或行政方法来解决，极少涉及刑罚。

三、关于《大清现行刑律》"民事有效部分"

晚清修律，首先修订最具代表性的也是最受西方诟病的《大清律例》。《大清律例》基本是一部刑法典，但按照诸法合体的体例，除刑律外也含有民事、行政等部门法，因此，修订《大清律例》，首先仿照西方的刑法典，修成一部纯粹的清朝刑律。受命修订法律的大臣沈家本、伍廷芳，深知这项任务的艰巨。他们在修律的奏折中，首先针对西方人谴责《大清律例》的刑罚残酷野蛮，于光绪三十一年（1905）三月二十日上呈《删除律例内重法折》，提出无论罪名、刑制，"中重而西轻者为多"，以致"西人每訾为不仁，其旅居中国者，皆借口于此，不受中国之约束"，并提出："刑法之当改重为轻，固今日仁政之要务。"且符合会通中西的修律宗旨。奏折所云亟宜应删之重法："一曰凌迟、枭首、戮尸"，"凡律内凌迟、斩枭各条俱改斩决"；"一曰缘坐……其不知情者悉予宽免"；"一曰刺字……概行删除"。折内强调"将重法数端，先行删除，以明示天下宗旨之所在"。此奏折在当时颇有震撼力，得到清廷首肯，下谕："现在改订法律，嗣后凡死罪，至斩决而止，凌迟及枭首、戮尸三项，着即永远删除……至缘坐各条，除知情者仍治罪外，余着悉予宽免。其刺字等项，亦着概行革除。"[②]

光绪三十四年正月二十九日，沈家本奏请先修订《现行刑律》，作为《大清新刑律》的过渡。他在《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》中说："新政之要，不外因革两端，然二者相衡，革难而因易，诚以惯习本自传遗，损益宜分次第，初非旦夕所能责望也。""现在新律之颁布，尚须时日，则旧律之删订，万难再缓，臣等公同商酌，拟请踵续其事，以竟前功。"沈家本提出"办法四则"：一是总目宜删除，即删除"吏户礼兵刑工"六目；二是刑名宜厘正，即确

① 薛允升撰，黄静嘉编校：《读例存疑》重刊本，第 411-412 页。

② 以上均见沈家本：《删除律例内重法折》，收入《沈家本全集》第四卷，中国政法大学出版社，2010 年，第 611-614 页。

定新的刑制；三是新章宜节取，即模仿西方刑法作为修律的参考；四是例文宜简易，即删减附例。奏折在最后特别指出："以上四者系就大体言之，其余应行改之处，临时酌核办理。如蒙俞允，即定其名曰《现行刑律》，由该总纂等，按照修改、修并、续纂、删除四项，逐加案语，分门编录，并责令克期告成，分别缮具清单，恭候钦定。一俟新律颁布之日，此项刑律再行作废，持之以恒，行之以渐，则他日推暨新律，不致有扞格之虞矣。"① 奉旨遵行。

宣统元年（1909）八月二十九日，沈家本等奏编定《大清现行刑律》告竣。十二月二十三日，宪政编查馆奏《核议沈家本等奏编定现行刑律折》，说明《现行刑律》："大致汇辑新章，删约旧例，统计律文四百十四条，例文一千六十六条，并于每条博考源流，诠识要义。"② 十二月二十四日，奕劻等在《奏请饬修订法律大臣另编重订现行律片》中说："盖新法未实行、旧法未遽废之时，其间必应编定经过法，以调和之。编定之法，即于旧法中定明何者改从新法，何者仍从旧法是也。其大端有五：一、分别民刑；一、重罪减轻，轻罪加重；一、停止赎刑；一、妇女有罪，应与男犯同一处罚；一、次第停止秋审覆核。……现在京外地方各级审判厅，亟须一律开办。各该厅内应分民事为专科，所有民事案件，业经法部于光绪三十三年会奏《各级审判厅试办章程》内声明，以审定理之曲直者为民事案件等因，业已奉旨允准，钦遵在案。此项《重订现行律》未颁行以前，其《现行刑律》户役内承继、分产以及男女婚姻、典买田宅、钱债违约各条，应属民事者，自应遵照奏定章程，毋庸再科罪刑。其查封、拍卖及应判决执行者，仍照定章办理，以符名实。"③ 十二月二十四日，宪政编查馆在《咨法部通行京外审判及问刑衙门遇有民事案件须遵奏定各节办理文》中指出："宣统元年十二月二十四日本馆具奏《请饬修订法律大臣另编重订现行律》一片，钦奉谕旨'着依议。钦此。'……既经奉旨俞允，自应通行遵办，相应咨行贵部，希即通行京外已设各审判衙门及未设审判衙门地方之各该问刑衙门遵照。自文到日起，遇有应属民事各案件，须一体钦遵此次奏定各节办理。"④

宣统二年四月初七日，奕劻等在奏折中说明《现行刑律》："上年进呈核议《现行刑律》黄册之时附片声明，《现行律》户役内承继、分产、婚姻、田宅、钱债各条，应属民事者，毋再科刑，仰蒙俞允，同行在案。此本为折衷新旧，系指纯粹之属于民事者言之。若婚姻内之抢夺、奸占及悖于礼教、违律嫁娶，田宅内之盗卖、强占，钱债内之费用受寄，虽隶于户役，揆诸新律，俱属刑事范围之内。凡此之类，均应照《现行刑律》科罪，不得诿为民事案件，致涉轻纵。"⑤ 同日，清廷再下谕：《现行刑律》经"朕详加批览，尚属妥协，著即刊刻成书，颁行京外，一律遵守。"⑥

民事条款不再科刑，反映了立法者法律意识的进步，其实《大清律例》内纯属民事法律条款，大部分不加刑责；有些案件属于民事附带刑事部分，可以刑责，也可以不予刑责，或稍示薄惩，此类案件多属以卑犯尊，如子孙私擅用财、子孙违反教令等，是否刑责，刑责多少，由州县官自定；至于婚姻内之抢夺奸占及悖于礼教违律嫁娶、田宅内之盗卖强占、钱债内之费用受寄，均属于刑事犯罪，自当别论。有些民法学者认为中国古代民事纠纷一律采用刑罚手段解决，因而否定民法的存在，这种看法不符合历史实际。晚清《大清民律草案》并未通过施行。因此，遇有民事案件仍按《大清现行刑律》民事部分处理，故称之为《现行律》"民事有效部分"。

民国元年（1912）三月十日，临时大总统（袁世凯）令："现在民国法律未经议定颁布，所

---

① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局，1979 年，第 851−854 页。

② 《大清法规大全 · 法律部》卷 3《变通旧律例二》，考正出版社，1972 年影印，第 1761 页。

③ 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901-1911）点校本》第 7 卷，商务印书馆，2010 年，第 145-146 页。

④ 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901-1911）点校本》第 7 卷，第 161-162 页。

⑤ 《钦定现行刑律》，海南出版社，2000 年影印本，第 15 页。

⑥ 《清末筹备立宪档案史料》下册，第 880 页。

有从前施行之法律及《新刑律》，除与民国国体抵触各条应失效力外，余均暂行援用，以资遵守。此令。”[①] 四月三日，参议院在《新法律未颁行以前暂适用旧有法律案》咨文中说明：“惟《民律草案》，前清时并未宣布，无从援用，嗣后凡关民事案件，应仍照前清《现行律》中规定各条办理。”[②]

关于《现行律》中民事部分的效力，大理院曾作出一些具有代表性的判例和解释例，举例如下：

第一，民国元年十二月十一日，大理院民事判决第二十一号：“查判断民事案件，应先依法律所规定；无法律者，依习惯；无习惯者，依条理。通例所在，不容稍有假借。此案事关继承，理宜就本国法以为判断。本国法若果无明文，亦宜据中国旧理由、习惯或条理定之。原审判厅乃置《现行律》于不顾，竟适用他国养子缘祖之制，不得谓非错误。本院就法学上原则及法典编制形式两方研究，《现行律》（注：指民事部分）关于此项律例实有不能不适用之理。盖依法学原则，凡法律之制定、变更、废止，必须有表示其效力之明文，或有与之相同或抵触之法律发布而后可适用新法胜于旧法之原则，认旧法为无效。此外，非一国之统治权确已消灭或有最强之根本法使其法律自体不能存在者，法律即不得认为消灭。若既无变更、废止之明文，又无与之相同或抵触之法律，且与最强之根本法不相违背，仅国家之统治机关有更易，则无论何种法律，取正当解释，其效力当然与旧时无异。据此以论，《现行律》除《暂行新刑律》已有规定者外，其余律例自可继续适用。至就法典编制形式言之，《现行律》虽以“刑律”标目，然非一种单行之刑法，乃集合诸种法典有刑事制裁者而成，故关于某项事件律例，必须有某项法律颁布而后能决定其是否失效。现在《民律》尚未颁布，其关于民事各条例、其他例为有效。况继承一事，关系礼制，多为公益规定，不能因国体变更而失其存在，尤可断言。”[③]

第二，民国二年上字第六四号判例：“判断民事案件应先依法律所规定，无法律明文者，依习惯法；无习惯法者，则依条理，盖通例也。现在民国民法法典尚未颁行，前清《现行律》关于民事各规定继续有效，自应根据以为判断。”[④]

第三，民国三年上字第七〇号判例：“即习惯之适用，亦必以法令所未规定或所许之事项为限。《现行律例》既有立嗣专条，自无先行适用习惯之理。”[⑤]

第四，民国三年上字第三〇四号判例：“民国民法法典尚未颁布，前清之《现行律》，除制裁部分及与国体有抵触者外，当然继续有效。至前清《现行律》虽名为《现行刑律》，而除普通刑事部分外，关于特别刑法、民商事及行政法之规定仍属不少，自不能以名称为‘刑律’之故，即误会其为已废。”[⑥]

第五，民国三年上字第九三八号判例：“前清《现行律》关于民事各条除与国体及嗣后颁行成文法相抵触之部分外，仍应认为继续有效。”[⑦]

第六，民国三年上字第一一九八号判例：“前清《现行律例》关于民事各条，除与国体及嗣后颁行成文法相抵触之部分外，现仍继续有效……适用习惯，必须法律无明文规定者而后可。

---

① 通电电文参见中国第二历史档案馆编：《南京临时政府遗存珍档》第 4 册，凤凰出版社，2011 年，第 1343 页；令文参见《现行法令全书 · 司法》，中华书局，1921 年，第 1 页。

② 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局，1937 年，第 59 页。

③ 本判例原文见大理院编：《大理院民事判决》（大理院 1913 年）“大理院民事判决第二十一号”，另收入沈尔乔、熊飞等编辑：《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 523 页。

④ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，元照出版有限公司，2012 年，第 10 页。

⑤ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，第 16 页。

⑥ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，第 24 页。

⑦《司法公报（第 43 期）第三次临时增刊》，1915 年 10 月 30 日。

关于分析家产，《现行律例》既有明文，自无主张习惯之余地。”[①]

第七，民国八年上字第二一九号判例：“《现行律例》‘无子立嗣，不得紊乱昭穆伦序’之规定，原为保护公益而设，应属强行法规。其与此项法规相反之习惯，当然不能有法之效力。”[②]

第八，民国八年上字第三九四号判例：“《现行律例》禁止以孙祢祖，乃所以维持我国固有之礼法。事关公益，应有强行效力，不容反对习惯之存在。”[③]

第九，民国八年上字第八三二号判例：“民国民律未颁布以前，《现行律》关于民事规定，除与国体有抵触者外，当然继续有效，即其制裁部分，如民事各款之处罚规定（例如‘处某等罚’‘罪亦如之’等语），亦仅不能拟以处罚，关于处罚行为之效力，仍应适用，以断定其为无效或得撤销。故若引用该律文以判断行为之效力，而不复据以制裁当事人，则其适用法律，即不得谓为错误。”[④]

第十，民国六年一月三十一日大理院复浙江高等审判厅统字第五七六号解释例：“查《现行刑律》丧服制度，既未废止，则该律居丧嫁娶之规定，自应继续有效。惟此等公益规定，自非私人所能借以告争，审判衙门亦不能径行干涉……现在民法尚未颁行，该律民事部分，虽属有效，而适用之时，仍宜酌核社会进步情形以为解释，不得拘迂文义，致蹈变本加厉之弊。”[⑤]

对于《现行律》民事有效部分中具体的律例条文，大理院通过明示其有效外，还通过判例或解释例从法理上加以说明，举例如下：

第一，卑幼私擅用财。

民国四年四月一日统字第二二八号，对于“卑幼私擅用财”条例之解释，据历来判例，凡（一）卑幼私擅处分其父兄财产者，与处分他人财产同，无论契约之相对人是否善意（即是否知情），其物权移转契约为无效（但代理关系时，不在此限。又，债权契约非无效契约，当事人仍可依债权法则办理）。（二）如父亡母存，家产已传诸其子，而其子已达成年者（《现行律例》以年十六岁为成年），无论其家财系由自己或其母管理，非得其母之同意，不得私擅处分家财。违者，其母苟未追认，有撤销之权（非当然无效）。（三）若其子年幼，应分之家财由母（母亡而另有家长、保护人时亦同）代行管理。而其子未得有其母许处分或管理及处分之财产，私擅处分时，当然可适用未成年人为负担义务行为之民事法条理办理。（四）反是，卑幼得有私财，为现行法律所不禁，除仍应适用上述第三种限制外，已达成年之子均可自由处分。[⑥]

第二，典买（卖）田宅。

民国四年四月一日统字第二二六号法令解释：典当房地契约载明年限回赎，典限已满，标的物价额低落不及典价，业主不愿回赎，典主不愿得业，关于此项低落之损失，究应归何方负担，既无明文可为依据，尤无习惯堪以采用。惟查继续有效之《现行律例》载有“契未载‘绝卖’字样或指明年限回赎者，并听回赎。若卖主无力回赎，须凭中公估找贴一次，另立绝卖契。若买主不愿找贴，听其别卖，归还原价”等语，此项例文本可通用于典当房地定期回赎之契约。但细绎“买主不愿找贴，听其别卖，归还原价”文义，只限定买主不愿找贴，始听业主别卖，责令业主归还典当原价，而于业主不希图找贴、典主不愿得业，应否责令业主别卖，至于别卖所得价额不及原典价额，是否仍责令业主于卖价之外补足原价，实未详细规定。立法之意，原系根诸当年之习惯，预料典物必超过典价之倍，万无典物不及原价之理，故法意只虑及此。现

---

① 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，第 44–46 页。

② 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，第 77 页。

③ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（1912–1928）总则编》，第 83 页。

④ 《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 525 页。

⑤ 郭卫编辑：《大理院解释例全文》，上海法学编译社、会文堂新记书局，1932 年，第 317–318 页。

⑥ 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉)》，收入《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 44 页。

因时势变迁，发生此标的物陡落之事实，例文简略，实无相当之条文暂资引用。《现行律例》“若买主不愿找贴，听其别卖，归还原价”之规定，于典主不愿得业时，自应准用。盖买主、典主微有不同，为不愿得业则一，故不能适用同一之规定。至别卖所得不及原价，自应责令业主补足。盖典当之标的物不过为典当之担保，不能即充典价之清偿，而令典主受意外之损失也。①

第三，男女婚姻。

民国四年八月九日统字第三一二号法令解释：与国体并无抵触、继续有效之前清《现行律》关于婚姻门内载“男女定婚之初，若有残疾”等语，“若”字下律注加“或”字、“残”字之下律注加“废或”二字、“疾”字之下律注加一“病”字，合律注而言，适成“若或有残废或疾病”一语，据律文解释，“疾病”二字当然指残废以外之疾病而言，但“疾病”二字包括甚广，究以何种疾病为限并达于如何程度为标准？如花柳、梅毒、肺痨是否可认为本律所称“疾病”之一种？又外国名为精神病及白痴是否即中国所谓癫狂、痴骇之类？此种精神病是否包含于本律所称“疾病”之中？又本律“残废”二字，如生殖机能有窒碍失其效力时，又如身体有《暂行刑律》第八十八条“笃疾”所列各款、“残废”所列第一至第四各款时，是否亦包含于本律“残废”之内？该律称“疾病”者，谓依现在医术其程度达于不易治疗而于生活上有碍或为常情所厌恶之疾病。如于定婚之初，不将其通知，得彼造之情愿，应准解约。至“残废”二字，指人五官、四肢、阴阳之机能有一失其作用者而言，与《刑律》第八十八条“笃疾”“废疾”之范围不能尽同。②

第四，妻妾失序。

民国六年五月一日统字第六二四号法令解释：有以妾升妻一案。妻及长子早死，妾生子女且有德，愿夫升正。查与该族谱例相合，可否婚姻自由，任取习惯，悬案待决。前清《现行律》中现在继续有效之部分关于定婚等项，曾经明晰规定，限制綦严，而“妻妾失序”门内复称“妻在以妾为妻者，处九等罚，并改正”等语，则该律关系认许以妾为妻，不过对于妻在时为此项行为者，乃加禁止，认其无效。至以妾为妻，除成婚时应守各律条亦应遵守外，关于定婚专有之律例自不适用，故仅须有行为，并不拘于形式。③

第五，居丧嫁娶。

民国四年五月二十六日统字第二五三号法令解释，查律例所谓“夫家余亲”者，系以该律“妻为夫族服图”内之尊亲为限，服外族曾祖当然不包含在内。孀妇夫家既无余亲，推亲亲之义，母家胞婶，服图大功，由其主婚，自属允当。童养媳未及成亲而夫死，虽与孀妇改嫁有别，然关于主婚权，自以准用该条例为宜。但已解除关系回归母家者，不在此限。至养女、抱养当事人间，并无特别意思表示者，应由养父母主婚。苟无特别情事，自无本生母家容喙之余地。④

民国四年十二月二日大理院复河南高审厅，统字第三七一号［法令解释］，径复者：准贵厅函开。径启者：今有某甲有二女。长女嫁某乙为妻，次女现年二十一岁，尚未许人。长女适乙后生有二子，乙因时常外出，即与其妻寄住甲家。乙妻临终，虑二子年幼，托甲次女照顾。乙于妻故后，即自回籍，其二子仍留甲家，由甲次女为之抚养。乙感其抚养之义，央媒乞续弦于甲。甲次女亦颇情愿，私自达意于父，甲固拒之，亟将次女另许于丙。甲次女虑其志之终不能遂也，乃携乙二子逃于乙家，因此涉讼。经人调处，某丙始愿退婚，旋即反悔，而甲坚执不可，当庭愿将次女领回，听其一死，再三开导，牢不可破。而甲次女谓先以私就某乙，必欲从一而终。欲重父命，则恐因伤节以轻生；若竟遂女志，又虑与社会心理不合。现当新旧法律过渡之

① 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 55 页。
② 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 60 页。
③ 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 65 页。
④ 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《“〈现行律〉民事有效部分”集解四种》，第 67 页。

时，应如何依据，以求适当，贵院有统一解释法律之权，敬祈从速核示等因前来。本院查民法原则，婚姻须得当事人之同意，现行法律虽无明文规定，第孀妇改嫁须由自愿，则室女亦可类推。以定律言，婚姻固宜听从亲命，然苟乖乎礼教，背乎人情，审判衙门仍有裁判之权。此案甲之次女就乙，系因伊姊临终嘱托抚养二子，与苟合不同，甲坚执欲夺其志，另许于丙，殊无理由。女子以名节为重，应仍令归乙，以符从一之义。此复。①

第六，出妻。

民国五年十月三日统字第五一一号法令解释，径启者：准贵厅第八三号函称：案据太平县知事龚橡奎详称，案查前清《现行律》现在仍继续有效，其婚姻门“男女婚姻”条载“若再许他人，未成婚者，处七等罚；已成婚者，处八等罚。后定娶者知情，与同罪，财礼入官。不知者不坐，追还财礼。女归前夫。前夫不愿者，倍追财礼给还，其女仍从后夫”。又“出妻”条载“其因夫逃亡三年之内，不告官司而逃去者，处八等罚；擅改嫁者，处十等罚”各等语。今有一案，其夫于宣统元年十月间出门，其妻因传闻其夫已死，即于宣统三年腊月间改嫁。现经其夫告诉，照前项律文规定，后之婚姻，娶者虽不知情，除财礼外，其妻当然撤销，断还前夫。如前夫不愿者，倍追财礼给还，其妻仍从后夫。又，查此案发生在民国三年三月十日以前，不在不准免除条款以内，当免除其罪，均属毫无疑义。惟兹因前夫愿受其妻，而其妻以改嫁之故，对于前夫义断恩绝，强不依从。此时如先行责付其母，好为劝导，而其母又系与后夫串同一气，势必至将女领回，仍送后夫。如此非独法律不能保其威信，且恐为前夫者亦必心不甘服。又若强交前夫领回，又恐有意外之虞。因此，现将此女暂行管押。究应如何执行之处，理合具文详请，仰祈鉴核训示遵行，实为公便等情。据此，查本案其妻不愿跟随前夫，可否强制执行，不无疑义，相应函请钧院解释函复，以便饬遵等因到院。查来函所述情形，该女自负有从前夫之义务，系属于不可代替行为之性质。在外国法理概认为不能强制履行。盖若交付人身，直接强制，事实上仍未必能达判决之目的，即不至酿成变故，亦徒促其逃亡，曾无实益之可言。况若法律上，夫对于其妻并无监禁或加暴力之权，而刑法就不法监禁及各种伤害之所为，且有明文处罚，则交付转足以助成犯罪，殊失国家尊重人民权利之本旨。我国国情虽有不同，而事理则无不一致，此项办理，未可独异。至前清《现行律》所定婚姻条文，虽仍继续有效，而各项处罚，早因《新刑律》施行而失其效力。又民事拘押及收局工作，依《拘押民事被告人暂行规则》第十一条及《试办章程》第四十二条，均只限于财产执行之事件，并不能适用于上开之人事关系。是现行法上以罚金、管押等为间接之强制，亦有所不可。计惟有由该管执行衙门以平和之方法，勤加劝谕。除此以外，实无强制执行之道。本件既经该知事实施管押，已属过当，现在亟应还其自由，加以晓谕。②

除此之外，《户部则例》虽然不像《现行刑律》确认民事条款为有效部分，但从大理院的判例中，仍可发现《户部则例》的民事条款也同样是继续有效。如民国二年七月十二日上字第六九号大理院判例：“凡违反强行法规缔结之契约，不待当事人之声明，审判衙门当然应宣告无效。理由《户部则例》中有效之‘撤佃条款’‘庄头不准夺佃’之规定，佃户之承佃权（不）因地主或庄头之易人而消灭，于法定条件内当然继续其关系。”又如，民国二年上字第九六号大理院判例：“旗地撤佃通用前清《户部则例》。”③

《现行刑律》中的民事有效部分和《户部则例》中的民事有效部分，一直适用至 1929 年南京国民政府颁布《中华民国民法》才宣告终止。

---

① 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《〈现行律〉民事有效部分集解四种》，第 68 页。

② 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《〈现行律〉民事有效部分集解四种》，第 76 页。

③ 沈尔乔编辑：《〈现行律〉民事有效部分（附〈户部则例〉）》，收入《〈现行律〉民事有效部分集解四种》，第 95 页。

四、清朝民事法律的基本特点

（一）民事法律渊源的多元化

清朝作为中国古代的末代王朝，其法制已经相当详备。就民法而言，清朝虽没有制定一部独立的民法典，但民事的制定法不仅见于《大清律例》《大清会典》《户部则例》《工部则例》《大清通礼》等，而且皇帝所颁发的谕旨也含有民事法律部分。唐朝的民事法律主要见于《唐律疏议》和唐令中的《户令》《田令》《赋役令》等，但远不如清朝民事立法的充实。就《大清律例》而言，其民事立法仅《户律》就有律文八十二条、条例二百七十三条,《户部则例》中的民事补充条款在乾隆年间已经达到一百二十六卷，可见清朝统治者对于民事立法的重视。不仅如此，在颁发的适用于民族聚居地区的民族立法中也含有民事条款。如果将这些民事有效的条款加以整理、汇编，完全称得上一部民法典。作为统一的清王朝，民事立法不仅具有多样性，同时还具有互补性和统一性，出现矛盾，能够及时加以解决。正因为清朝的民事立法有效地调整了多方面的民事法律关系，因此民国时期，确定《大清现行刑律》中的民事条款为适用于民国的民法有效部分，民事纠纷多由大理院根据《大清现行刑律》的民事条款加以解决，这种状况持续近二十年之久。

除此之外，各地方、各宗族以及商业团体、寺观庙宇也各有民事习惯法，这些习惯法起着国家制定法的重要补充作用，既有规范的约束力，也符合国家制定法的原则要求。正因为如此，晚清在制定《大清民律草案》时，组织了全国性的习惯法调查。清亡以后，民国政府继续组织了民商事习惯法的调查，并且刊印出版，对于南京国民政府制定民法，起了重要参考价值。

（二）以儒家礼法文化作为民事法律的指导思想

早在关外时期，皇太极作为第二代君主，积极接收汉族礼法文化，无论是建制、立法、文化、风俗，都积极接受汉化。在他统治的短暂时间，运用汉族礼法文化革除了传统的满洲陋习：其一，同族间不分辈分的婚姻旧俗。按满族的习惯法，不同辈分之间可以缔结婚姻关系，子侄可以娶继母、伯母为妻，兄、叔也可以娶弟妇、侄妇为妻。直至天聪三年（1629），在汉族伦理礼制的影响下，才以“乱伦婚”的罪名，废除了这种婚姻关系上的习惯法。“凡娶继母、伯母、弟妇、侄妇，永行禁止……同族嫁娶，男女以奸论。”[①] 天聪五年七月，皇太极在申明谕禁同族嫁娶违者以奸论罪的理由时说：“明与朝鲜皆礼义之邦，故同族从不婚娶。彼亦谓既为人类，若同族嫁娶，与禽兽何异？是以禁止耳。”[②] 其二，改革夫死妻殉制度。按满族的传统习惯，家主死后，妻妾殉葬。直至崇德元年（1636）议定《崇德会典》时才有所限制：“凡妻从夫死，若平昔素所恩爱者许死，众必称扬之。若亲爱的妻不死，反逼房下侍妾而死，问死罪；若丈夫素不恩爱者及侍妾，不许从死。”[③]

康熙帝即位以后，深知儒家文化融入到广大汉族的心里，成为自觉遵守的行为准则，为保持清朝的长治久安，康熙帝身体力行，尊孔读经，作为满族宗室王公的表率。他给孔子上尊号，称作“大成至圣文宣先师”，后又称为“至圣先师”，每年举行祀孔典礼。他在南巡路过曲阜时，谒孔庙，并以天子之尊向孔子塑像行三跪九叩首之礼，这是历代所没有的。

除此之外，康熙帝尊崇程朱理学，特别尊崇朱熹，认为朱子之学最为宏巨，全是“天地之正气，宇宙之大道……非此不能治万邦于袵席，非此不能仁心仁政施于天下，非此不能外内于

---

① 朱璘:《明纪辑略》卷 14，康熙年间刻本。

② 《清三朝实录采要・太宗》卷 2，天聪五年七月庚辰。

③ 《清太宗实录稿本》卷 14，国家图书馆善本特藏部藏。

一家”。[①] 他把朱熹从孔庙两庑的先贤中抬出，放在大成殿十哲之次。康熙帝尊孔读经的目的被雍正帝解释得非常明白：“若无孔子之教……势必以小加大，以少陵长，以贱妨贵，尊卑倒置，上下无等，干名犯分，越礼悖义，所谓君不君，臣不臣，父不父，子不子，虽有粟，吾得而食诸？其为世道人心之害，尚可盛言哉！”[②] 由此可见，儒家思想成为民事法律的理论基础和指导思想。民事法律严格规定了伦常之间的法定权利和义务，强调居家行孝，移孝为忠，忠孝一体。儒家所奉为万世不易之天理的三纲成为支撑清朝民法的重要支柱。正因为如此，清朝统治者虽以民事纠纷作为细事，但绝不因为民事细小而轻忽对待。在现存的民事司法档案中，民事诉讼所占比重，多高于刑事诉讼，而且，民事判决多援法进行，因礼俗判案的案例，极为少见，这从民事司法上也说明民事立法已经基本适应民事法律关系发展的需要。在众多的判词中，都不难发现儒家思想所起的指导作用。这正是康熙以来历代清帝所要求的。

（三）重视宗法族权，以家法族规补充国法

清朝统治者深知广大汉族以宗法血缘为纽带，形成遍布全国的宗族组织，成为古代社会特有的基本构成之一，尤其南北经济发达省份盛行聚族而居。宗族组织具有某种社会保障的职能，所谓“廪其谷若干，以周族之贫者，老废疾者，幼不能生者，寡不嫁者。粜其余谷，为钱若干缗，以佐族之女长不能嫁者、鳏不能娶妻者、学无养者、丧不能葬者”。[③] 较大的宗族各有宗祠，并以族长统领全族，“家之有长，犹国之有官。敢有詈骂尊长，越礼犯分者，通族权其轻重，公同处置”。[④] 为维系家族的需要，制定家法族规作为全族人必须遵守的行为规则。家法族规是族长管摄族人的重要依据，它与国法相似，具有强制族人服从的性质。康熙帝的《圣谕十六条》特别是前三条“敦孝弟以重人伦，笃宗族以昭雍睦，和乡党以息争讼”指导全国各地的家法族规的制定。族长就是执行家法族规、裁判族人是非的法官，但如族内子弟犯上作乱，不纳钱粮，为非作歹，则惩治族长，“族长、祠长失于查察，照不应重律科罪”。[⑤]

需要指出，家法族规作为国法的补充，不得违背法意和法律规范，比如《大清律例》严禁族长根据家法族规处死家族子弟。由于族产是合族共有财产，是祭祀祖先血食的经济之需，是维系家族、救济贫困的重要的物质基础，一旦族产散失，家族的共同体也就很难维持了，所以《大清律例》对子孙盗卖族产、义田、宗祠等行为加重处罚：“凡子孙盗卖祖遗祀产至五十亩者，照投献捏卖祖坟山地例，发边远充军。不及前数，及盗卖义田，应照盗卖官田律治罪。其盗卖历久宗祠一间以下，杖七十。每三间加一等，罪止杖一百，徒三年以上。知情谋买之人，各与犯人同罪。房产收回，给族长收管，卖价入官。不知者，不坐。其祀产义田令勒石报官，或族党自立议单公据，方准按例治罪。如无公私确据藉端生事者，照诬告律治罪。”[⑥]

（四）因案生例，循变立法

《大清律例》的律文虽在乾隆五年之后不再修订，但根据社会关系的发展以及习俗的不同，以修例弥补律文的缺失。条例就是地方督抚和藩臬两司对审理的民刑案件，认为具有一般意义，因而上报刑部是否可以修订为法律，刑部审核之后认为确有必要，便在修成例文以后上奏皇帝，经皇帝允准遂成为新例。民事条例就是按照这样的因案生例的程序纂修而成的。

有些民事条例或因适应社会的风俗而制定，或因适应民族的习俗而改变。如“立嫡子违法”条，律文只谈命继，即身份继承，未涉及财产继承，但立嫡子继承以后，不断发生财产的争执，

---

① 《御纂朱子全书序》,《钦定四库全书》第 720 册，台湾商务印书馆，1986 年影印，第 2 页。

② 《清世宗实录》卷 59，雍正五年七月癸酉。

③ 《魏源集》下册，中华书局，1976 年，第 502 页。

④ 《陈氏宗谱》卷 1《罚恶》。

⑤ 《大清律例 · 户律 · 田宅》，天津古籍出版社，1993 年，第 211 页。

⑥ 《大清律例 · 户律 · 田宅》，第 209 页。

因而，在条例中作出详细补充，如：乾隆二年，刑部议覆湖南巡抚高其倬题唐四的殴死本生叔母何氏一案，附请定例："凡乞养异姓义子，有情愿归宗者，不许将分得财产携回本宗。其收养三岁以下遗弃之小儿，仍依律即从其姓，但不得以无子遂立为嗣，仍酌分给财产，俱不必勒令归宗。如有希图资财冒认归宗者，照例治罪。"与此相似，乾隆三十八年，户部议覆江苏按察使胡季堂条奏，至四十年钦奉谕旨，恭纂为例："无子立嗣，若应继之人平日先有嫌隙，则于昭穆相当亲族内择贤择爱，听从其便。如族中希图财产，勒令承继，或怂恿择继，以致涉讼者，地方官立即惩治。仍将所择贤爱之人，断令立继。其有子婚而故，妇能孀守，已聘未娶媳能以女身守志，及已婚而故，妇虽未能孀守，但所故之人业已成立，或子虽未娶而因出兵阵亡者，俱应为其子立后（按：此应为未婚之子立后者）。若支属内实无昭穆相当可为其子立后之人，而其父又无别子者，应为其父立继，待生孙以嗣应为立后之子。（按：此应为立继而无可继之人者）其寻常夭亡未婚之人，不得概为立后（按：此不应为未婚之子立后者）。若独子夭亡，而族中实无昭穆相当可为其父立继者，亦准为未婚之子立继（按：此于不应之中仍准立后者）。如可继之人亦系独子，而情属同父周亲，两相情愿者，取具合族甘结，亦准其承继两房宗祧。"①

《大清律例》中禁止旗、民交产，以维护旗人的财产权，但因旗人不谋生计，不事生产，只凭国家颁给的钱粮和田宅收入已不能满足日趋奢侈的生活享受，而被迫出卖田宅，以致此类事项所在多有，因此，《户部则例》中不得不作出变通规定，允许民人典买旗人田宅，但与一般民人与民人、旗人与旗人契典田房都以十年为率不同，扩大到二十年为断，以期旗人能在典期内赎回田宅，"民人典当田房，契载年份统以十年为率"，"旗人典卖房地……凡典当田房，契载年份统以十年为率"，"民人契典旗地，以二十年为断，如立契已逾例限，即许呈契升科（无论有无回赎字样），不准回赎，在限内者仍准回赎。倘卖主无力回赎，许立绝卖契据，公估找贴一次；若买主不愿找贴，应听别售，归还典价。如或不遵定限，各有勒措找赎情事，均照不应重律治罪"。② 然而，尽管典期时效发生有利于出典人的变动，仍然不能禁止旗人典卖田宅。

总括上述，中国从春秋战国时期土地私有权确立时起，出现一系列以土地为标的物的转让、交换、买卖以及不当侵权赔偿等法律行为与案件。这些法律行为与案件都镌刻在青铜器（如鼎、簋、盘）之上，成为传世铭文。可以说，这是早期的青铜民法。正像中国古代法制文明有着五千多年的历史一样，民法史也同样源远流长。经过汉唐、宋明的发展进步，至清朝，可以说集历代民法之大成。在极其丰富的清朝民事法律面前，西方学者认为中国古代只有刑法没有民法的论调可以休矣。他们认为中国没有契约自由也就没有民法的认识，忽略了中国古代债权债务的民事法律是中国古代民事法律最为充实的部分。自唐以后便明确规定，以两和作为契约有效的法律依据。因此，认为西法输入中国以后才有民法的西方中心论，也需要加以清除。习近平总书记在论述颁布实施民法典重大意义时特别指出："民法典系统整合了新中国成立 70 多年来长期实践形成的民事法律规范，汲取了中华民族 5000 多年优秀法律文化，借鉴了人类法治文明建设有益成果……是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法典。"③

References

Da Li Yuan Min Shi Pan Li Ji Cun (1912-1928) (*A Compilation of the Civil Precedents of the Supreme Court in the Early Republic of China*), edited by Huang Yuansheng. Taipei: Yuan Zhao Publishing Co. Ltd. , 2012.

Da Qing Fa Gui Da Quan (A Complete Collection of Laws and Regulations of Great Qing), Vol. 3. Taipei: Kao

① 薛允升撰，黄静嘉编校：《读例存疑》重刊本，第 247、248 页。

② 同治朝《钦定户部则例》卷 10《田赋四》，同治十三年刻本。

③ 习近平：《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，《求是》2020 年第 12 期。

Zheng press, 1972.

Da Qing Lü Li (The Laws and Precedents of Great Qing), edited and proofread by Zhang Rongzheng et al. Tianjin: Tianjin Ancient Books Publishing House, 1995.

Da Qing Xian Xing Xing Lv (*The Current Criminal Law of Great Qing*). Haikou: Hainan Publishing House Co. Ltd. , 2000.

Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases with Historical Social and Juridical Commentaries*. Cambridge: Harvard University Press, 1967.

Liang Qichao, "On the Gains and Losses of the Compilation of Chinese Written Law" in *Yin Bing Shi He Ji* (*The complete Works of Yin Bing Shi*) (Book 2), Vol. 16. Beijing: Zhonghua Book Company, 1989.

Qing Mo Chou Bei Li Xian Dang An Shi Liao (The historical Files for the Preparation of the Constitutionalism during the Late Qing Dynasty) (Book 2), edited by Ming and Qing Archives Department of Palace Museum. Beijing: Zhong Hua Book Company, 1979.

Shen Jiaben, *Shen Jiaben Quan Ji* (The complete Works of Shen Jiaben), edited by Xu Shihong et al. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2010.

Tongzhi Chao *Qin Ding Hu Bu Ze Li* (Imperial Comissioned Regulation for the Board of Revenues which approved by Emperor Tongzhi's Order), compiled by Hui Xiang et al. , printed in the thirteenth year of Tongzhi (1874).

Xue Yunsheng, *Du Li Cun Yi* (Questions about the Precedents of Qing Dynasty), edited and proofread by Huang Jingjia. Taipei: Cheng Wen Publishing Co. Ltd. , 1970.

On the Civil Law of Ancient China: From the Perspective of Civil Law in the Qing Dynasty

ZHANG Jinfan (Institute of Legal History, China University of Political Science and Law; jfxzhang@hotmail. com)

Abstract: Because of specific national conditions, there was no independent civil code in ancient China, but there were many civil legal standards and a developed legal civilization. In the Qing Dynasty, the independent civil legal standards were compiled in Standards on Households (Hu Lü) in *The Laws and Precedents of Great Qing* (Da Qing Lü Li) and *Regulation is for the Board of Revenues* (Hu Bu Ze Li). The civil legal standards not only represented the final form of ancient Chinese civil law, but also faced modern transformation. In this process, the valid part of civil law in *The Current Criminal Law of Great Qing* (Da Qing Xian Xing Xing Lü) and the valid part of civil law in the *Regulation is for the Board of Revenues* were applied until The Civil law of the Republic of China was promulgated in 1929. The characteristics of the civil legal standards in Qing Dynasty could be summarized as the following: the diversification of the source of civil law; Confucian culture's integration of Rites (*li*) with Law guided the civil legal standards; the state attached great importance to the power of clans and the patriarchal clan system, and compensated for the deficiencies in the law with the clan regulations; finally, the principle of introducing precedent (*li*) from legal cases, and legislation in accordance with changes in objective circumstances.

keywords: civil law, civil law in Qing Dynasty, *The Laws and Precedents of Great Qing* (Da Qing Lü Li), *Regulation is for the Board of Revenues* (Hu Bu Ze Li), *The Current Criminal Law of Great* Qing (Da Qing Xian Xing Xing Lü)